

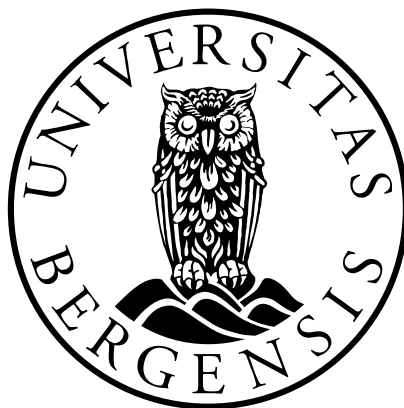
Prosjektsamarbeid

De konkurranserettslige grensene for prosjektsamarbeid i anbudskonkurranser

Kandidatnummer:
186511

Veileder:
Tore Lunde

Antall ord:
11 219



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

8. desember 2013

1 Innholdsfortegnelse

1	INNHALDSFORTEGNELSE	1
2	INNLEDNING	3
2.1	BAKGRUNN OG AKTUALITET	3
2.2	PROBLEMSTILLING	5
2.3	FORMÅL OG HENSYN	5
2.4	RETTSKILDER VED TOLKNING AV KRRL § 10	6
2.5	VEIEN VIDERE	6
3	KONKURRANSEBEGRENSINGSKRITERIET	8
3.1	HINDRE, INNSKRENKE ELLER VRI KONKURRANSEN	8
3.2	RELEVANT MARKED I ANBUDSKONKURRANSER	8
3.3	FAKTISKE OG POTENSIELLE KONKURRENTER	9
3.3.1	AKTØRER SOM ER, ELLER KAN BLI, I STAND TIL Å LEVERE PROSJEKTET ALENE	9
3.3.2	REELL MULIGHET TIL Å LEVERE EGET ANBUD	9
3.4	SAMARBEID DER ÉN AV AKTØRENE KUNNE LEVERT SELVSTENDIG ANBUD	11
3.5	UNNTAK FOR LOVLIGE UNDERLEVERANSER?	13
4	PROSJEKTSAMARBEID MED KONKURRANSEBEGRENSENDE FORMÅL	16
4.1	INNHold I VILKÅRET	16
4.1.1	OBJEKTIVT FORMÅL, AVTALENS INNHold OG ØKONOMISK KONTEKST	16
4.1.2	PARTENES SUBJEKTIVE HENSIKTER	17
4.1.3	SAMMENHENG MELLOM FORMÅL OG VIRKNINGSVURDERINGEN	18
4.2	AVTALETYPES MED KONKURRANSEBEGRENSENDE FORMÅL	18
4.2.1	ANBUDSSAMARBEID	18
4.2.2	PRISSAMARBEID OG PROSJEKTSAMARBEID	19
4.2.3	INFORMASJONSUTVEKSLING I PROSJEKTSAMARBEID	19
4.3	ANDRE OMSTENDIGHETER MED BETYDNING FOR FORMÅLSVURDERINGEN	21
4.3.1	ÅPENHET	21
4.3.2	SAMARBEID SOM GENERERER FLERE ANBUD	22
5	PROSJEKTSAMARBEID MED KONKURRANSEBEGRENSENDE VIRKNING	26
5.1	FAKTISK ELLER POTENSIELL VIRKNING PÅ ANBUDSKONKURRANSEN	26
5.2	MOMENTER I SAMMENLIGNINGEN	27
5.2.1	KONKURRANSEPRESS OG STRUKTURELLE FORHOLD	27
5.2.2	BETYDNING AV OM SAMARBEIDET SKJER ÅPENT	28
5.2.3	VELBEGRUNNEDE SAMARBEID	29
6	MERKBARHETSKRAVET	30
7	UNNTAKSBESTEMMELSEN I § 10 TREDJE LEDD	32
8	AVSLUTNING	35
9	LITTERATURLISTE	36

2 Innledning

2.1 Bakgrunn og aktualitet

Hvert år utlyses mellom 10.000 og 15.000 anbudskonkurranser¹ der ulike leverandører av den aktuelle varen eller tjenesten konkurrerer om å levere det beste tilbudet basert på kjøperens forhåndsdefinerte kriterier. I en del situasjoner er anbudsprosessen lovpålagt², men bruk av anbud kan også være en selvvalgt strategi for å utnytte konkurransen i markedet.

I en anbudsprosess vil usikkerhet om hvordan de andre aktørene kommer til å opptre motivere hver enkelt aktør til å levere ett konkurransedyktig tilbud. På bakgrunn av dette vil kjøperen ha en forventning om at anbudene som leveres er basert på uavhengige vurderinger³, mens leverandørene vil ha incentiver til å redusere usikkerheten for å øke egen profit.

Konkurranseloven forbyr konkurransebegrensende samarbeid. Kjernen i et slikt samarbeid er at det eliminerer eller minsker konkurransen mellom aktørene i den aktuelle bransjen slik at prisene økes, kvaliteten blir dårligere eller utvalget blir redusert.

I en anbudskonkurranse kan et konkurransebegrensende samarbeid skje på mange ulike måter. Dersom konkurrenter blir enige om hvem som skal vinne en anbudskonkurranse, og deretter gir fiktive bud eller unnlater å gi bud er dette et klart brudd på loven⁴. Tilsvarende vil ordninger med deling av markeder⁵, samarbeid om prisene i anbudet⁶, rotasjonsordninger for hvem som skal vinne de ulike konkurransene⁷ og kompensasjonsordninger mellom konkurrentene⁸ medføre en begrensning av konkurransen som utvilsomt er forbudt.

¹ Tall opplyst fra Doffin

² Se f. eks Lov 16.juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser (offenskl)

³ V2011-11 *Icopal*, V2009-17 *Gran og Ekran*

⁴ OECD: Retningslinjer for bekæmpelse af samordning af tilbudsgivning i offentlige indkøb, avsnitt 2. Tilsvarende har Marknadsdomstolen uttalt at «Avtal som innebär att aktörer inför en upphandling kommer överens om vem som ska vinna upphandlingen och om storleken av de anbud som ska lämnas in maste objektivt bedömas syfta till att hindra, begränse eller snedvrída konkurrensen. Det samma gäller avtal som innebär att parter kommer överens i andre frågor som innebär att marknader delas eller som avser begränsningar av produktion.» i MD2009:11 NCC

⁵ C-510/11 P *Kone and Others v Commision* (foreløpig ikke publisert). Typetilfellet nevnes også av OECD, og Konkurransetilsynet har ilagt overtredelsegebyr for geografisk deling av asfaltmarkedene i V2013-3 NCC

⁶ Prissamarbeid kan skje på ulike måter. I Vedtak 2011-11 *Icopal* hadde en aktør oversendt en helhetlig prisoppstilling til konkurrenten. I Vedtak 2008-8 *Håkonrune* hadde en leverandør av rørleggertjenester konsekvent 7 % dyrere priser enn konkurrenten til tross for systematiske forskjeller i utregningsmetoder og omfang av tilbudet.

⁷ OECD, avsnitt 2

⁸ Case T-210/08 *Verhuizingen Coppens v Commission* (2011) ECR II-03713, Joined cases T-208/08 and T-209/08 *Gosselin Group and Stichting Administratiekantoor Portielje v Commission* (2011) ECR II-03639, Joined Cases T-204/08 and T-212/08 *Team Relocations and Others v Commission* (2011) ECR II-03569, og Case T-199/08 *Ziegler v Commission* (2011) ECR II-03507

Andre former for samarbeid i anbudskonkurranser kan fremme konkurransen og bidra til en mer effektiv ressursbruk. Konkurransetilsynet har uttalt at «[p]rosjektsamarbeid vil kunne være nødvendig for at de samarbeidende aktørene skal kunne være i stand til å delta i konkurransen om et oppdrag, og vil derfor kunne bidra til å øke konkurransen dersom alternativet ville være å avstå fra å delta i konkurransen».⁹ Samarbeid som ikke begrenser konkurransen er ikke forbudt etter konkurranselovens regler.

I *Eurotunnel* uttalte Kommisjonen at et entreprenørsamarbeid i et tunnelprosjekt ikke begrenset konkurransen fordi «...midlertidige arbeidsfællesskaber mellem virksomheder, som er konkurrenter, [ikke] begrænser konkurrencen, hvis de deltagende virksomheder *hver for sig ikke kan udføre en bestemt ordre*». Kommisjonen la vekt på at det konkrete samarbeidet «...hverken indebærer eller bevirker nogen form for begrænsning af de af bygge- og bygmesterkontrakten omfattende firmaers handlefrihed med hensyn til andre aktiviteter».¹⁰

Dette resonnementet har støtte i Kommisjonens retningslinjer for horisontale samarbeid som fastslår at samarbeid mellom aktører «der objektivt set ikke vil være i stand til selvstændigt at gennemføre det projekt eller den aktivitet, som samarbejdet vedrører, f.eks på grund af partenes begrænsede tekniske kompetence, vil normalt ikke få konkurransebegrænsende virkninger, som omhandlet i artikel 101, stk 1, med mindre partene kunne have gennemført projektet med færre begrænsninger»¹¹

Til tross for disse klare eksemplene på lovlige og ulovlige samarbeid i anbudskonkurranser viser den pågående tvisten om ett felles anbud fra to taxiselskaper i en konkurranse om pasientreiser for Oslo Universitetssykehus (heretter *Taxisaken*),¹² og høringssvarene til Konkurransetilsynets Utkast til veiledning om prosjektsamarbeid (heretter *Utkastet*),¹³ at de rettslige grensene mellom lovlige og ulovlige samarbeid er uklare.

Brudd på konkurranselovgivningen kan medføre store bøter og overtredelsesgebyrer for de aktørene som samarbeider ulovlig. Dette gjør at spørsmålet om grensene for lovlige samarbeid er praktisk viktig, særlig for små og mellomstore bedrifter.

⁹ Utkastet, premiss 16

¹⁰ Kommisjonens beslutning af 24.oktober 1988 *Eurotunnel* (88/568/EØF) avsnitt 17 bokstav a

¹¹ Kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid, EUT 2011 C /11, avsnitt 30. Tilsvarende i ESAs Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på avtaler om horisontalt samarbeid, 2002/EØS/55/01, avsnitt 24

¹² Vedtak V2011-12 *Ski Follo Taxidrift* og Follo Tingrett (08.02.2013) *Taxisaken* 11-202508TVI-FOLL

¹³ Konkurransetilsynet: Utkast til veiledning om prosjektsamarbeid (6.juni 2012). Tilgjengelig på Konkurransetilsynets nettsider.

2.2 Problemstilling

Spørsmålet som behandles i denne oppgaven er hvilke grenser konkurranseloven (krrl) § 10¹⁴ setter for horisontale prosjektsamarbeid mellom to eller flere aktører i en anbudskonkurranse eller ved anbudslignende innhenting av tilbud.

Avgrensningen til horisontale samarbeid innebærer at det kun er samarbeid mellom aktører på samme ledd i omsetningsrekken som behandles, dette kan eksempelvis være et kontorfellesskap der flere selvstendige leger driver hver sin virksomhet.

Et prosjektsamarbeid kan resultere i ett felles eller flere separate anbud. Ett felles anbud kan enten skje gjennom et fellesforetak¹⁵ eller ved enkeltstående underleverandøraftaler. Et samarbeid som genererer flere anbud skjer typisk i form av ensidige eller gjensidige avtaler om underleveranser.

2.3 Formål og hensyn

Konkurranselovens formål er å bidra til at samfunnets ressurser brukes effektivt, jf krll § 1. Lovens viktigste virkemiddel er en velfungerende konkurranse som tvinger aktørene til å øke profitten på en måte som er gunstig for dem selv, kundene og samfunnet som helhet. På denne måten danner regelverket grenser for aktørenes handlefrihet for å motvirke samfunnsøkonomiske skadevirkninger av samarbeid mellom konkurrenter.

Konkurranseloven § 10 bygger på en grunntanke om at enhver ervervsdrivende skal avgjøre sin egen strategi uten kunnskap om hvordan øvrige aktører vil opptre.¹⁶ Dersom aktørene i en anbudskonkurranse samarbeider istedenfor å konkurrere, og på den måten baserer strategien sin på kunnskap om konkurrentenes atferd, risikerer anbudsutlyseren å inngå en avtale med en pris som ligger over markedsprisen, forutsatt vanlig konkurranse.¹⁷

I utgangspunktet er det bare de konkurranserettslige hensynene som er relevante ved tolkningen av konkurranseloven. Dersom det oppstår konflikter mellom hensynet til effektiv ressursbruk og andre hensyn av stor samfunnsmessig betydning¹⁸ må spørsmålet vurderes av Kongen i statsråd, jf krll § 13.

¹⁴ Lov av 5. mars 2004 nr 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (krll)

¹⁵ Se Follo Tingrett *Taxisaken* som illustrasjon

¹⁶ Forente saker 40etc/70 *Suiker Uni* (1975) ECR 1663 premiss 173. Tilsvarende i V2011-11 *Icopal* premiss 121

¹⁷ Sør Trøndelag Tingrett (02.06.2010)

¹⁸ Dette kan eksempelvis være kulturpolitiske hensyn, distriktpolitiske hensyn eller sysselsetningspolitiske hensyn jf NOU s 2003: 13 s 165 (Konkurranseevne, lønnsdannelse og kronekurs)

2.4 Rettskilder ved tolkning av krrl § 10

Konkurranseloven § 10 er harmonisert med de tilsvarende forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid som er nedfelt i EØS-avtalen artikkel 53¹⁹ og artikkel 101 i TFEU^{20, 21}. Harmoniseringen innebærer at EU- og EØS-rettslig praksis er relevante kilder ved lovtolkningen.²² I tråd med EU-domstolens metode må det legges stor vekt på konkurranselovens formål ved tolkningen av lovens bestemmelser.²³

Ordlyden i krrl § 10 gir begrenset veiledning for å kartlegge grensene mellom lovlige og ulovlige prosjektsamarbeid. Spørsmålet er også lite behandlet i rettspraksis, forarbeider og juridisk teori.

Ettersom de tradisjonelle rettskildene ikke gir klare svar på spørsmålet er den praksisen konkurransemyndighetene skaper gjennom sine vedtak relevant for grensedragningen, særlig dersom praksisen er ensartet og gir uttrykk for en god regel.²⁴ Praksis og synspunkter fra svenske og danske konkurransemyndigheter benyttes for å illustrere ensartethet og felles forståelse for lovtolkningen.

Videre bidrar veiledninger fra Kommisjonen, EFTA-domstolen og konkurransemyndighetene med en forventning om hvordan domstolen skal håndheve regelverket. Til tross for at verken vedtakene eller praksisen er rettslig bindende vil hensynet til forutberegnelighet i mange tilfeller tilsi at løsningen som følger av disse kildene bør legges til grunn.

Ettersom konkurranselovens formål er basert på en samfunnsøkonomisk tankegang er også økonomisk teori og økonomiske modeller viktige premissleverandører ved tolkningen av § 10. Dette er særlig aktuelt ved vurderingen av prosjektsamarbeidets «virkning».²⁵

2.5 Veien videre

Vilkårene for at et prosjektsamarbeid er forbudt følger av krrl § 10 første ledd. Bestemmelsen fastslår at enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til «formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt».

¹⁹ Lov av 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det eurpeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) m.v. (EØS-loven)

²⁰ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), vedtatt 13. desember 2007, trådte i kraft 1. desember 2009, 2010 OJ C83/47

²¹ Ot.prp nr 6 (2003-2004) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger, side 68

²² Ot.prp nr 6 (2003-2004) s 68

²³ Fridjof Frank Gundersen : *EU etter Lisboatraktaten*. 2010 , s 117

²⁴ Mads Henry Andenæs, *Rettskildelære*, Oslo 2009, kapittel 17 om forfatningspraksis, forvaltningspraksis og publikumspraksis.

²⁵ Sak E-7/10 *Hegelstad mot Hydro Texaco*, avsnitt 27.

Det er på det rene at et prosjektsamarbeid vil utgjøre en «avtale» om samarbeid mellom «foretak». Disse vilkårene behandles derfor ikke nærmere i oppgaven.

Spørsmålet om et prosjektsamarbeid har til «formål eller virking å hindre, innskrenke eller vri konkurransen» er mer problematisk, og danner grunnlaget for de problemstillingene som behandles i kapittel 2, 3 og 4.

I kapittel 2 behandles noen grunnleggende forutsetninger for at samarbeidet skal kunne hindre, innskrenke eller vri konkurransen. I dette kapitlet stilles spørsmålet om hva som gjør at selvstendige aktører skal ansees som konkurrenter, og om samarbeidet er lovlig dersom en aktør som ikke kunne levert et selvstendig anbud samarbeider med en faktisk eller potensiell konkurrent.

Spørsmålet om når et prosjektsamarbeid skal ansees som en formålsovertredelse behandles i kapittel 3. Til tross for at det er flere tiår siden EU-regelverket om konkurransebegrensende samarbeid ble vedtatt er det fremdeles mye diskusjon om hvordan formålskriteriet skal forstås.²⁶ I denne oppgaven behandles kun de elementene av formålskriteriet som er relevant for prosjektsamarbeidene, herunder spørsmålet om likhet med andre tradisjonelle formålsovertredelser, betydningen av om samarbeidet skjer åpent og betydning av om samarbeidet genererer ett eller flere anbud.

I kapittel 4 er forutsetningen at prosjektsamarbeidet ikke har til «formål (..) å hindre, innskrenke eller vri konkurransen». I dette kapitlet behandles presenteres virkningsvurderingen og noen av elementene som har betydning for om et konkret prosjektsamarbeid har en faktisk eller potensiell virkning på konkurransen.

Avslutningsvis er det en kort behandling av merkbarhetskravet i kapittel 5 og unntaksbestemmelsen i tredje ledd i kapittel 6.

Oppgaven avslutter med noen korte bemerkninger fra forfatteren i kapittel 7.

²⁶ Saskia King, The Object Box: Law, Policy or Myth? *European Competition Journal* (2011) nr 7, s 293

3 Konkurransbegrenskingskriteriet

3.1 Hindre, innskrenke eller vri konkurransen

Et vilkår for at et prosjektsamarbeid skal rammes av § 10 er at samarbeidet har til formål eller virkning å «hindre, innskrenke eller vri konkurransen».

De tre kategoriene «hindre, innskrenke eller vri» er alternative beskrivelser på hvordan prosjektsamarbeidet kan påvirke mekanismene i en anbudskonkurranse. I teori og praksis behandles disse alternativene samlet som et vilkår om konkurransebegrensning.²⁷

En grunnleggende forutsetning for at et samarbeid mellom foretak skal begrense konkurransen, er at de samarbeidende foretakene konkurrerer i det relevante markedet. Dette følger motsetningsvis av at samarbeid mellom foretak som ikke er i stand til å levere selvstendige anbud normalt ikke begrenser konkurransen.²⁸

3.2 Relevant marked i anbudskonkurranser

Det relevante markedet består av et produktmarked og et geografisk marked.²⁹ I en anbudskonkurranse består produktmarkedet av den varen eller tjenesten som anbudsutlyseren har beskrevet at han ønsker å kjøpe.³⁰ For å avgjøre det geografiske markedet må man vurdere «hvor aktørene må være lokalisert for å kunne levere anbud» i konkurransen.³¹

Det geografiske markedet kan enten være nasjonalt, regionalt eller lokalt.³² Eksempelvis vil markedet for arkitekttjenester normalt ansees som nasjonale markeder, fordi aktørene kan tilby tjenestene over hele landet til like konkurransevilkår.³³ I markedet for drift og vedlikehold av vei er det normalt regionale markeder fordi aktørene vil ha etableringshindringer i områder lang unna eget hjemmemarked.³⁴

²⁷ Moritz Lorenz *An introduction to EU competition law* (2013) s 91: «The distinction between the three concepts is however not applied in practice – generally they are referred to collectively as ‘restriction of competition’ and discussed as a common concept that has to be defined in light of the EU competition law framework»

²⁸ Kommisjonens horisontale retningslinjer, avsnitt 30.

²⁹ Kolstad mfl. side 268

³⁰ Dette skiller anbudskonkurransene fra den tradisjonelle avgrensningen av produktmarkeder der en analyserer hvordan etterspørrende vil reagere på en varig og ikke ubetydelig prisøkning, se Kolstad mfl s 268

³¹ Oslo Economics, *Analyse av markedet for drift og vedlikehold av veg* (2012) Rapportnummer 2012-5, s 31

³² Oslo Economics, s 30. Ettersom avhandlingen er begrenset til norsk konkurranselovgivning avgrenses det mot internasjonale geografiske markeder.

³³ Arkitektbedriftenes høringssvar til Utkastet, tilgjengelig på konkurransetilsynets nettsider

³⁴ Oslo Economics, s 34

Når produktmarkedet og det geografiske markedet i anbudskonkurransen er definert, må en avgjøre hvilke aktører som konkurrerer om å levere den aktuelle varen eller tjenesten innenfor det geografiske området.

3.3 Faktiske og potensielle konkurrenter

3.3.1 Aktører som er, eller kan bli, i stand til å levere prosjektet alene

I tråd med ESAs horisontale retningslinjer ansees både «faktiske og potensielle konkurrenter» som konkurrenter.³⁵

En faktisk konkurrent i en anbudskonkurranse er en aktør som er aktiv i det relevante markedet og i stand til å levere varen eller tjenesten som anbudsutlyser har beskrevet i anbudsgrunnlaget. En aktør ansees også som en faktisk konkurrent dersom han kan omstille seg til å produsere det aktuelle produktet uten betydelige tilleggskostnader.³⁶

En potensiell konkurrent i en anbudskonkurranse er en aktør som sannsynligvis kunne og ville påtatt seg de nødvendige tilleggsinvesteringene eller omleggingskostnadene for å bli i stand til å levere et eget anbud uten samarbeidet.³⁷ Aktøren ansees bare som en potensiell konkurrent dersom den hadde hatt en «reell mulighet til å inngi separat bud på prosjektet».³⁸

3.3.2 Reell mulighet til å levere eget anbud

Konkret, objektiv og realistisk vurdering

Vurderingen av om en aktør har en reell mulighet til å levere et eget anbud må bero på en vurdering av hva anbudsutlyseren etterspør i anbudsgrunnlaget.³⁹ Konkurransetilsynet har uttalt at spørsmålet må

³⁵ ESAs horisontale retningslinjer, premiss 9.

³⁶ ESAs horisontale retningslinjer, fotnote 11 «Et selskap ansees som en faktisk konkurrent dersom det enten er aktivt på det samme relevante marked, eller, i fravær av avtalen, kan omstille seg til å produsere de relevante produkter og markedsføre dem på kort sikt, uten å pådra seg betydelige tilleggskostnader eller vesentlig risiko, som reaksjon på en liten, men varig økning i relative priser (umiddelbar substitusjon på tilbudssiden.)»

³⁷ ESAs horisontale retningslinjer, fotnote 12 «Et selskap anses som en potensiell konkurrent dersom det påvises at selskapet, i fravær av avtalen, kunne og sannsynligvis ville påta seg de nødvendige tilleggsinvesteringer eller nødvendig omleggingskostnader slik at det kunne etablere seg på det relevante marked som svar på en liten og varig økning i de relative priser.

³⁸ Utkastet, premiss 39

³⁹ Follo Tingrett *Taxisaken*

avgjøres «på grunnlag av en konkret, objektiv og realistisk vurdering av partenes kompetanse og kapasitet, herunder blant annet know-how, tilgang til personell og teknisk utstyr».⁴⁰

Teknisk og økonomisk risiko

I Konkurransetilsynets veileder fra 2008 ble partenes evne til å bære den økonomiske eller tekniske risikoen med prosjektet nevnt som et relevant moment i vurderingen.⁴¹ Flere aktører har reagert på at Konkurransetilsynet har utelatt dette momentet i *Utkastet* fordi det skaper uklarhet om økonomisk og teknisk risiko fremdeles kan vektlegges.⁴² Arntzen de Besche trekker eksempelvis frem at det må «være relevant hvis det kun er A og B samlet som kan stille nødvendige garantier og bære den finansielle risiko for prosjektet».

I *Taxisaken* anfører de samarbeidene selskapene at det må «være en grense for hvilken risiko det med rimelighet kan kreves at selskapene må akseptere i forbindelse med prosjektet». Follo Tingrett kommenterer ikke dette nærmere, men fastslår at vurderingen av om tilbyderne er faktiske eller potensielle konkurrenter må «bero på en konkret vurdering i den enkelte sak».⁴³

Til tross for at teknisk og økonomisk risiko er fjernet fra *Utkastet* er det klart at oppramsingen ikke er en uttømmende ettersom tilsynet har brukt formuleringen «herunder blant annet». En aktør som ikke kan bære den økonomiske eller tekniske risikoen ved et prosjekt vil ikke ha en realistisk mulighet til å levere et selvstendig anbud på bakgrunn av en konkret og objektiv vurdering. En eventuell endring i nye retningslinjer på dette punktet bør derfor ikke forstås som en realitetsendring.

Kapasitet og kompetansemangler

Konkurransetilsynet gir uttrykk for at kapasitets- og kompetansemangler som kan dekkes ved innleie av arbeidskraft eller utstyr ikke vektlegges som en relevant hindring for å levere selvstendige anbud.⁴⁴

Det er vanskelig å forstå rekkevidden av dette utsagnet ettersom en innleieavtale ofte vil innebære at arbeidskraften eller utstyret leies fra en aktør som driver i samme bransje. Dersom utvidelsen av kapasitet skjer på en slik måte er det naturlig å anse leieavtalen som en form for et samarbeid mellom de to aktørene, og ikke en leieavtale som gjør leietakeren i stand til å levere ett selvstendig anbud.

Med dette utgangspunktet er det naturlig å forstå formuleringen som et krav om at aktøren må inngå leieavtalen med en aktør utenfor det relevante markedet dersom dette lar seg gjøre.

⁴⁰ Utkastet, premiss 43

⁴¹ Konkurransetilsynet *Veiledning om anbuds- og prosjektsamarbeid* (2008) og V2007-9 Tide

⁴² Se høringsvarene fra Arntzen de Besche, Arkitektbedriftene, EBA og RIF. Tilgjengelig på Konkurransetilsynets nettsider.

⁴³ Follo Tingrett *Taxisaken*

⁴⁴ Utkastet, avsnitt 44

Eksempelvis vil en aktør som ikke har tilstrekkelig arbeidskapasitet stå mellom valget om å benytte innleid arbeidskraft fra et bemanningsbyrå og fra en konkurrerende aktør. Bemanningsbyrået er aktive i markedet for arbeidskraft, og således verken en faktisk eller potensiell konkurrent til aktøren som trenger å leie. Dersom aktøren velger bemanningsbyrået ansees den som å bli i stand til å levere et eget anbud, og unngår å bryte konkurranselovgevingen.

Dette innebærer at dersom aktøren står ovenfor en situasjon der det ikke lar seg gjøre å inngå leieavtaler med aktører utenfor det aktuelle markedet må en eventuell leieavtale med aktører i det relevante markedet vurderes etter de grensene som følger av krrl § 10.

3.4 Samarbeid der én av aktørene kunne levert selvstendig anbud

Konkurransetilsynet har uttrykt at et samarbeid der én eller flere av partene kan gjennomføre prosjektet alene normalt vil ha et konkurransebegrensende formål, uavhengig av om samarbeidet skjer i form av ett eller flere anbud.⁴⁵

Tilsynet begrunner dette med at slike samarbeid «vil fjerne usikkerheten med hensyn til om den andre part vil inngi et eget tilbud/anbud».⁴⁶ Slik tilsynet tolker § 10 er det med andre ord tilstrekkelig at én av de samarbeidene aktørene er en faktisk eller potensiell konkurrent i anbudskonkurransen for at samarbeidet rammes av forbudsbestemmelsen.

Follo tingrett er av en annen oppfatning, og har uttalt at et konkurransebegrensende anbudssamarbeid «som et utgangspunkt vanskelig [kan] finne sted dersom to samarbeidende parter ikke er potensielle eller faktiske konkurrenter om levering av varen eller tjenesten anbudet gjelder». Tingretten argumenterer med at det vil være «vanskelig å komme til at to tilbydere er faktiske eller potensielle konkurrenter dersom *den ene av to ikke selv har mulighet* til å inngi tilbud» og konkluderer med at tilsynet ikke har dekning for «å hevde at *unntaket for prosjektsamarbeid kun* kommer til anvendelse i de tilfeller der *ingen* av de to leverandører har mulighet til å inngi tilbud alene».

På bakgrunn av disse ulike oppfatningene stilles det spørsmål om et prosjektsamarbeid der én av to samarbeidene aktører kunne levert et selvstendig anbud faller utenfor krrl § 10.

Follo tingrett sin konklusjon i *Taxisaken* strider med oppfatningen til både Konkurransetilsynet, det svenske Konkurrensverket og den danske Konkurrence- og forbrugerstyrelsen. Det følger av den danske veiledningen for anbudssamarbeid at samarbeidet kun er lovlig dersom «*ingen af virksomhederne* vil kunne klare opgaven alene» og samarbeidet ikke kan «omfatte flere virksomheder

⁴⁵ Utkastet, premiss 61

⁴⁶ Utkastet, premiss 51

end nødvendig for at løfte den udbudte opgave». ⁴⁷ Tilsvarende skriver Konkurrentverket at «[o]m ett företag kan lämna ett eget anbud i en upphandling är det *normalt inte tillåtet* att samarbeta med ett annat företag, *även om det andre företaget inte kan lämna eget anbud*». ⁴⁸

På den annen side har EU-domstolen uttalt at det kun foreligger «et potensielt konkurrenceforhold, hvis *hvert af de stiftende selskaber alene* er i stand til at udføre de opgaver, der tildeles JV-selskabet». ⁴⁹ Denne udtalelsen tilsier at samarbeid der én av de samarbeidene aktørene er i stand til å fullføre prosjektet alene ikke rammes av forbudet i § 10.

Til støtte for dette kan det argumenteres for at et samarbeid der bare én av aktørene kan gjennomføre prosjektet ikke begrenser konkurransen fordi den andre aktøren uansett ikke ville levert et konkurrerende anbud. ⁵⁰

Konkurransetilsynet påpeker imidlertid at også slike samarbeid kan begrense konkurransen fordi det «oppstår risiko for å utelukke andre mulige samarbeidskonstellasjoner i markedet dersom det for eksempel foreligger eksklusivitetsforpliktelser i forholdet mellom foretakene i prosjektsamarbeidet». ⁵¹ Tilsvarende argumenterer Gabrielsen og Hjelmeng for at samarbeid med eksklusivitetsklausuler eller andre bindinger kan stenge for gunstige samarbeid som fremmer konkurranse. ⁵² Samarbeid uten eksklusivitetsklausuler innebærer ikke en slik risiko for å stenge for andre gunstige samarbeidskonstellasjoner.

I Konkurranseloven fra 1993 var det et eksplisitt unntak for prosjektsamarbeid mellom «to eller flere ervervsdrivende» som leverte felles anbud. ⁵³ Ordlyden stilte ingen eksplisitte krav om at de samarbeidene aktørene ikke kunne være i stand til å levere selvstendig anbud, og den rådende oppfatningen ved tolkning av bestemmelsen var at den også måtte gjelde dersom én av aktørene kunne utført prosjektet alene. ⁵⁴

Etter at loven ble endret fra et system med forbud og unntaksbestemmelser til et generelt forbud, er det ikke lenger et lovfestet unntak for prosjektsamarbeid som man skal fortolke rekkevidden av. Likevel fremstår Follo tingretts premisser i *Taxisaken* som en tolkning av en unntaksregel. Tingrettens henvisningen til «unntaket for prosjektsamarbeid» kan imidlertid også være en henvisning til de

⁴⁷ Konkurrence- og forbrugerstyrelsen *Vejledning i konsortiedannelse* (2012)

⁴⁸ Konkurrentverket *Vägledning: Samarbete vid upphandling* (www.kkv.se)

⁴⁹ Joined cases 7-374/94, T-375/94, T-384/94 and T-388/94 *European Night Services Ltd* (1998) ECR II-03141, premiss 137

⁵⁰ Artzen de Besche *Høringsuttalelse – utkast til veiledning om prosjektsamarbeid* (2012)

⁵¹ Utkastet, premiss 52

⁵² Tommy Staahl Gabrielsen og Erling Hjelmeng *Prosjektsamarbeid* (21.10.2011) Presentasjon fra BECCLE-seminar, slide 17. Tilsvarende resonnement i *Eurotunnell*.

⁵³ Konkurranseloven (1993) § 3-5

⁵⁴ Henrik Larsen, ”Inngivelse av felles anbud på enkeltstående prosjekter – en konkurranserettslig vurdering.” *Tidsskrift for foretningsjuss*, 2003 nr 3.

horisontale retningslinjene som fastslår at samarbeid der aktørene ikke kunne levert «hver for seg» er lovlig.⁵⁵

På generelt grunnlag bør man være forsiktig med å fintolke ordlyder i retningslinjene ettersom disse ikke er formulert med samme grundighet som en lovtekst. I dette tilfellet etterlater ikke formuleringen tolkningstvil da den retter seg direkte mot samtlige samarbeidspartnerne. Det er derfor ikke grunnlag for å forankre et unntak for tilfeller der én av aktørene kunne levert selvstendig anbud i retningslinjene.

Forbudet i krrl § 10 er oppbygget som en generell regel som rammer alle samarbeid som begrenser konkurransen. Denne oppbygningen tilsier at en skal være forsiktig med å innfortolke et unntak for samarbeid der minst én av aktørene kunne levert et selvstendig anbud.

Ved avveiningen av de ulike synspunktene må bestemmelsens ordlyd og oppbygning veie tyngst, ettersom de øvrige kildene, med unntak av EU-domstolen, først og fremst har argumentasjonsverdi som kilder.

På bakgrunn av dette kan det ikke oppstilles noen hovedregel om at samarbeid der én av de samarbeidene aktørene kunne levert et selvstendig anbud er lovlig.

3.5 Unntak for lovlige underleveranser?

Det følger av *Utkastet* at «konkurranseloven § 10 første ledd ikke generelt er til hinder for at et samarbeid mellom enkeltforetak i tilknytning til enkeltprosjekter kan skje ved at et foretak opptrer som underleverandør til et annet som inngår avtale med oppdragsgiver».⁵⁶ Tilsvarende er det fastslått i juridisk litteratur at enkeltstående innkjøp hos konkurrenter ikke er i strid med krrl § 10, 1.ledd.⁵⁷

Forholdet mellom lovlige underleveranser og ulovlige samarbeid i anbudskonkurranser er lite behandlet i rettskildene, men de nevnte sitatene kan tilsi at rene underleverandøravtaler faller utenfor krrl § 10. Med dagens rettskildebilde er det uklart hva som skal kreves for at et samarbeid skal ansees som en ren underleverandøravtale.

Slik *Utkastet* er formulert fremstår det som at Konkurransetilsynet stiller krav om at en avtale om underleveranser må inngås i etterkant av anbudsprosessen for å være lovlig.⁵⁸

Et slikt krav virker imidlertid lite praktisk. En hovedleverandør vil være avhengig av å vite om underleverandøren er tilgjengelig, og hvilken pris de vil ta for arbeidet, for å sette en korrekt pris på

⁵⁵ ESAs horisontale retningslinjer punkt 24

⁵⁶ Utkastet, premiss 60

⁵⁷ Kolstad mfl.s. 398

⁵⁸ Utkastet, premiss 55

eget anbud. Dersom aktøren må vente til anbudet er tildelt kan anbudsutlyser risikere at den aktuelle delen av prosjektet overpriseres.

I tillegg vil det ofte anbudsutlyserens ønske informasjon om hvem som skal utføre oppdraget. Dette illustreres av Hålogaland Lagmannsretts avgjørelse i en tvist der anbudsutlyseren hadde vektlagt at underleverandøren ikke var oppgitt i anbudet. Domstolen uttalte at det «...ikkje (..) var feil av kommunen å leggja vekt på (..) manglande opplysningar om underleverandørar, i vurderinga av kvalitet» ved tildeling av anbudet.⁵⁹

I enkelte tilfeller vil også aktøren være avhengig av å støtte seg på en underleverandør ved dokumentering av oppfyllelse av kvalifikasjonskravene i anbudet. I slike situasjoner vil ikke aktøren kunne delta i konkurransen dersom avtalen med underleverandøren må inngås i etterkant.⁶⁰

Et krav om at avtaler om underleveranser må inngås i etterkant vil både medføre at anbudsutlyseren går glipp av interessant informasjon og innebære en risiko for overprising av anbudet. Et slikt krav om at avtalen må inngås i etterkant bør derfor ansees som en dårlig regel.

Videre synes Konkurransetilsynet å mene at en underleverandøravtaler ikke er lovlig dersom enten hovedleverandør eller underleverandør er i stand til å fullføre prosjektet alene.⁶¹

På den ene siden virker det fornuftig å tolke regelen likt for alle typetilfeller der én aktør kan levere et selvstendig anbud, uavhengig av om samarbeidet skjer gjennom fellesforetak eller underleverandøravtaler. I 2004 uttalte Konkurransetilsynet at forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid «... ikke kan omgås ved at aktører som i realiteten er konkurrenter brukes som underleverandør i et anbud»⁶² og bruker på denne måten omgåelseshensyn og lovens effektivitet som støtte for tolkningen.

Denne argumentasjonen treffer best dersom hovedleverandøren er i stand til å levere et selvstendig anbud. I de tilfellene det underleverandøren er i stand til å levere eget anbud virker tolkningen mer upraktisk. I disse situasjonene vil tolkningen innebære at hovedleverandøren må analysere hvilke aktører som er i stand til å levere eget anbud før det sendes en forespørsel om underleveranser. Dersom det forutsettes at aktørene ikke utveksler mer informasjon enn hvilken pris underleverandøren skal ha for den aktuelle varen eller tjenesten, er det vanskelig å se at det skal ha betydning for konkurransen om underleverandøren er i stand til å levere eget anbud eller ikke.

I vedtaket om Gran og Ekran skriver Konkurransetilsynet at det ikke var «nødvendig å ta stilling til om Grunnarbeid og Gran & Ekran lovlig kunne ha brukt hverandre som underleverandører i en reell

⁵⁹ Hålogaland Lagmannsrett, 22. februar 2007, LH-2006-160351

⁶⁰ Se 2013-04-23. 191/2011. Avvisning av leverandør og bruk av underleverandør for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Avsnitt 26 og 27. Regelverket om offentlige anskaffelser henger nært sammen med konkurranselovgivningen og det bør derfor søkes en tolkning om ivaretar begge regelverkenes krav.

⁶¹ Utkastet, premiss 61 lest i sammenheng med premiss 57.

⁶² Konkurransetilsynets veiledning til EBA, 2004/1243

konkurransesituasjon» fordi samarbeidet hadde ledet til en felles forståelse om hvilket av foretakene som skulle levere det beste tilbudet. I en analyse av Høyesteretts avgjørelse i den samme saken skriver Hjelmeng at det er klart at «... foretak i samme marked [ikke er] forhindret fra å innhente anbud fra andre foretak på underleveranser». Videre skriver han at det «Derimot er (...) på det rene at den informasjon som deles i slike tilfeller må være begrenset til det som er *strengt nødvendig for å realisere underleveransen*. Det vil være foretakene som har risikoen for at det ikke vokser frem ulovlig informasjonsutveksling eller enighet om budgivning i ly av sonderinger om underleveranser. Avgjørende her er Grunnarbeids oversendelse av prisene for hele entreprisen, som går langt utover det som er nødvendig for å etablere en underleveranse på en del av prosjektet».⁶³

På bakgrunn av dette kan det etableres ett unntak for rene underleverandøravtaler der hovedleverandøren ikke er i stand til å levere et selvstendig anbud innhenter tilbud fra andre foretak på de nødvendige delene av prosjektet. Dersom samarbeidet er mer omfattende enn hva som er nødvendig for å realisere underleveransen må det vurderes på lik linje med andre samarbeid.

Videre synes Konkurransetilsynet å kreve at en underleverandøravtale der ingen av de samarbeidende partene kan gjennomføre prosjektet alene må resultere i et felles anbud for å være lovlig.⁶⁴

Ettersom underleverandøravtaler der ingen av partene kunne levert selvstendig anbud som hovedregel ikke begrenser konkurransen, virker det noe unaturlig å skille mellom situasjoner der det genererer i et eller flere anbud. Denne problemstillingen er behandlet nærmere i avsnitt 3.3.2

⁶³ Erling Hjelmeng: Informasjonsdeling ved anbudskonkurranse – dom i Høyesterett. (2012) Tilgjengelig på www.blogg.nhh.no

⁶⁴ Utkastet, premiss 58

4 Prosjektsamarbeid med konkurransebegrensende formål

4.1 Innhold i vilkåret

4.1.1 Objektivt formål, avtalens innhold og økonomisk kontekst

Ordlyden «formål» tilsier at partenes hensikt med prosjektsamarbeidet må være å begrense konkurransen for at konkurransebegrensningskriteriet skal være oppfylt. Det følger imidlertid av rettspraksis at det objektive formålet ved prosjektsamarbeidet er avgjørende.

EU-domstolen benytter seg av kategorier for ulike avtaletyper ved den konkrete vurderingen. Dersom prosjektsamarbeidet inneholder klausuler som erfaringsmessig begrenser konkurransen, legges dette til grunn i den konkrete saken med mindre avtalens innhold og økonomiske kontekst tilsier det motsatte.⁶⁵

På denne måten kan avtalens innhold og økonomiske kontekst bidra til å tilbakevise eller forsterke⁶⁶ påstanden om prosjektsamarbeidet har konkurransebegrensende formål.⁶⁷ Dette innebærer også at de typetilfellene og kategoriene som benyttes kun bidrar til å forenkle lovanvendelsen, men de er verken uttømmende eller absolutte.

EU-domstolens avgjørelse *Coditel* er egnet til å illustrere dette. Til tross for at markedsdeling tradisjonelt ansees som formålsoverskridelser uttalte domstolen at dette «...betyder ikke i sig selv at kontrakten [om enerettslisenser i filmindustrien] må anses som genstand for, middel til eller resultat af en ved traktaten forbudt aftale». På grunn av særtrekk ved filmmarkedet kom domstolen til at en avtale som vanligvis måtte ansees om markedsdeling ikke begrenset konkurransen i den konkrete saken.⁶⁸

⁶⁵ Case C-209/07 *Competition Authority v Beef Industry*, Sml 2008 s I-08637, premiss 16

⁶⁶ Okeoghene Odudu "Restrictions of competition by object - what's the Beef", *Competition Law Journal* (2008) page 11-17.

⁶⁷ Motsatt hevder Generaladvokat V. Trestenjak at den rettslige og økonomiske konteksten kun kan vektlegges dersom den bidrar til å reise tvil om konkurransebegrensingen, se Case 209/07 *AG Opinion* premiss 50

⁶⁸ Case 262/81 *Coditel II* (1982) ECR 3381. Premiss 15-16

4.1.2 Partenes subjektive hensikter

Den tradisjonelle oppfatningen synes å være at «partenes subjektive formål er uten betydning for vurderingen» av om samarbeidet har konkurransebegrensende formål.⁶⁹

EU-domstolen har imidlertid uttalt at «...[s]elv om parternes hensikt ikke udgør et forhold, der er *nødvendig* ved fastlæggelsen af en aftales restriktive karakter, er der på den anden side intet, der forbyder Kommissionen eller Fællesskabets retsinstanser at tage denne hensikt i betragtning».⁷⁰

I tråd med domstolens avgjørelse har Konkurransetilsynet uttalt at «[p]artenes subjektive hensikt er en relevant faktor, men ikke en nødvendig betingelse for at det skal foreligge en overtredelse av § 10 (..)».⁷¹

I nyere juridisk litteratur har Odudu tatt til ordet for at subjektive hensikter alene kan være tilstrekkelig for å konstatere at samarbeidet har et konkurransebegrensende formål. I en analyse av EU-domstolens avgjørelse i *Beef Industry* skriver han at samarbeidet uansett måtte være forbudt fordi «the arrangements *were intended* to restrict competition and gave rise to a legal presumption of restriction on this separate basis».⁷²

Foreløpig foreligger det ingen rettsavgjørelser eller øvrige kilder som gir holdepunkter for å legge avgjørende vekt på partenes subjektive formål slik Odudu hevder. Etter gjeldende rett er dermed partenes subjektive hensikter verken nødvendig eller tilstrekkelig for å konstatere at det foreligger en formålsoverskridelse.

Videre er det klart at subjektive formål ikke er tilstrekkelig for å utelukke et konkurransebegrensende formål. I *Beef Industry* uttalte EU-domstolen at «[s]elv om det i denne forbindelse antages, at det er godtgjort, at parterne i en aftale har handlet uten subjektiv hensikt om at begrense konkurransen, men med det formål at afhjælpe virkningerne af en krise i sektoren, er sådanne betragtninger ikke relevante ved anvendelsen af den nævnte bestemmelse. En aftale kan således antages at have et restriktivt formål, selv om den ikke udelukkende har til formål at begrense konkurransen, men ligeledes forfølger andre, lovlige mål».⁷³

⁶⁹ Olav Kolstad mfl., *Norsk konkurranserett*, (Oslo 2007) s 271

⁷⁰ C-551/03 P *General Motors* (2006) ECR I-3173, premiss 78

⁷¹ V2013-3 NCC, premiss 260

⁷² Odudu (2008)

⁷³ Case C-209/07 *Competition Authority v Beef Industry*, Sml 2008 s I-08637, premiss 21

4.1.3 Sammenheng mellom formål og virkningsvurderingen

Vilkårene «formål» eller «virkning» er alternative. Dette innebærer at det ikke vil være nødvendig å analysere det konkrete samarbeidets skadevirkning dersom det har et konkurransebegrensende formål.⁷⁴

Samarbeid med konkurransebegrensende formål ansees for å være de mest alvorlige tilfellene av konkurransebegrensende samarbeid.⁷⁵ I teori og praksis beskrives formålsovertredelsene som samarbeid av en slik natur at de er «injurious to the proper functioning of normal competition».⁷⁶

Kort oppsummert er formålskategorien reservert for de mest alvorlige tilfellene av ulovlige samarbeid der begrensning av konkurransen er en nødvendig og uunngåelig konsekvens. Ved disse samarbeidene skal det lite til før konkurransen er merkbart påvirket, og adgangen til å oppfylle vilkårene i unntaksbestemmelsen i tredje ledd er snever. Dette innebærer at det har stor praktisk betydning om et konkret prosjektsamarbeid ansees å ha til formål å begrense konkurransen.

4.2 Avtaletyper med konkurransebegrensende formål

4.2.1 Anbudssamarbeid

Det er bred enighet om at en del former for anbudssamarbeid har et konkurransebegrensende formål.⁷⁷ Dette gjelder bl.a. anbudssamarbeid i form av avtaler om hvem som skal vinne en anbudskonkurranse, inngivelse av fiktive anbud, markedsdeling, interne kompensasjonsordninger og anbudsrotasjon.⁷⁸ Ved slike anbudssamarbeid har konkurrentene en form for kontakt som påvirker utformingen av anbudet, og som sjelden kan forklares på noen annen måte enn at de ønsker å redusere usikkerheten og konkurransen seg i mellom.

Til tross for at kontakt mellom konkurrenter generelt har stort skadepotensial er det imidlertid ikke grunnlag for å trekke en analogi fra de nevnte formålsovertredelsene til alle andre former for anbudssamarbeid. Ettersom prosjektsamarbeidene kan virke konkurransefremmende og ofte kommer kjøperen til gode, ligger det ikke i samarbeidsformens natur at konkurransen begrenses.

⁷⁴ NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov, s 22

⁷⁵ ESAs horisontale retningslinjer, premiss 25

⁷⁶ Sak C-8/08 *T-Mobile*, [2009] ECR I-4529, premiss 29

⁷⁷ Utkastet premiss 32. Tilsvarende i Decision of the Office of Fair Trading No. Case CE/4327-04, *Bid Rigging in the construction industry in England* og i Competition Law guideline on Agreements and Consorted Practices (OFT401, Edition 12/04), premiss III med videre henvisninger til praksis fra Kommisjonen og Førsteinstansretten

⁷⁸ Se opprømsing i kapittel 1.1. Tilsvarende nevner Konkurrence og Forbrugerstyrelsen at "En aftale om forudgående regulering af bud, udskydelse af bud, forudgående anmeldelse af bud eller anden form for samarbejde inden tilbudsgivningen vil blive betragtet som en alvorlig konkurrencebegrænsning og er omfattet af forbuddet i konkurrenceloven" på side 8-9 i Vejledning i konsortiedannelse.

Ettersom det ikke er erfaringsmessig grunnlag for å presumere at et prosjektsamarbeid begrenser konkurransen, er det ikke hensiktsmessig å se dette som en avtaletype som normalt har konkurransebegrensende formål. En presumsjon om konkurransebegrensning må eventuelt bygge på den konkrete avtalen.

4.2.2 Prissamarbeid og prosjektsamarbeid

Dersom aktørene i en anbudskonkurranse samarbeider om priser vil dette som hovedregel begrense konkurransen ettersom prisen utgjør et svært viktig beslutningsgrunnlag for kjøperen⁷⁹. Samarbeid om prising av anbudene ødelegger den naturlige priskonkurransen som er en forutsetning for at ethvert marked skal fungere. På denne måten har et prissamarbeid i anbudskonkurranser klare likhetstrekk med typisk kartellvirksomhet der aktørene går sammen om å sette opp prisene.

Det følger imidlertid forutsetningsvis av de horisontale retningslinjene at samarbeid om prissetting i enkelte tilfeller må godtas. Ved lovlig prosjektsamarbeid vil dialog om prissettingen som regel være en nødvendig forutsetning for å realisere samarbeidet.

Konkurransetilsynet har lagt vekt på om de samarbeidene aktørene har «anledning til å foreta selvstendige beregninger» ved spørsmål om koordinering av priser utgjorde et brudd på § 10.⁸⁰ Tilsvarende har Konkurrentverket lagt vekt på om et samarbeid er en «nödvändig förutsättning» for å kunne levere inn anbud i en konkurranse.⁸¹ Dette tilsier at det kun prissamarbeid som går lenger enn det som er nødvendig som skal ansees som samarbeid med konkurransebegrensende formål.

På denne bakgrunn ansees prissamarbeid som er en nødvendig forutsetning for å gjennomføre et konkurransefremmende samarbeid som en samarbeidsform som ikke er i strid med krrl § 10.

4.2.3 Informasjonsutveksling i prosjektsamarbeid

Det følger av Konkurransetilsynets og EU-domstolens praksis at informasjonsutveksling mellom konkurrenter har et konkurransebegrensende formål.⁸² Hovedbegrunnelsen for dette er at informasjonsutveksling strider med grunntanken om at enhver aktør skal ha en selvstendig strategi.

⁷⁹ For offentlig innkjøp følger dette av Forskrift om offentlige anskaffelser § 13-2 første ledd som fastslår at tildelingen skal «skje enten på basis av hvilket tilbud som er det mest *økonomisk fordelaktige*, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har *den laveste prisen*»

⁸⁰ V2008-1 *Øre, nese, hals* To fastleger leverte felles anbud og regner felles priser til Helse Vest

⁸¹ Konkurrentverket, Ansökan om stämning. 2010-11-24 Dnr 605/2010

⁸² Utkastet og C-9/08 *T-Mobile* der EU-domstolen skriver: « the exchange of information between competitors is liable to be incompatible with the competition rules if it reduces or removes the degree of uncertainty as to the operation of the market in question, with the result that competition between undertakings is restricted

Ved at konkurranse blir skiftet ut med samarbeid risikerer kjøperen å betale en høyere pris eller få en vare med dårligere kvalitet.⁸³

Dersom konkurrenter i en anbudskonkurranse gir hverandre informasjon om viktige konkurranseparametere i forkant av anbudsrunden presumeres det at aktøren legger vekt på dette ved inngivelse av eget anbud, og informasjonsutvekslingen har på den måten påvirket utfallet av konkurransen.⁸⁴

I likhet med avsnittet om prissamarbeid vil også informasjonsutveksling være en nødvendig forutsetning dersom to aktører skal kunne gjennomføre et konkurransefremmende samarbeid. I juridisk teori er det uttalt at «[b]idding consortia allow firms to pool resources that are crucial in formulating a valid bid. In particular, they may share information about the likely value of the contract (for example, forecasts about final demand, geophysical surveys on tracts in oil-lease auctions), jointly bear fixed costs, or even combine production facilities».⁸⁵

Tilsvarende har Hjelmeng skrevet at der «...informasjonsutvekslingen (..) er følge av et [prisverdig] samarbeid (..), vil det måtte foretas en selvstendig analyse av samarbeidet som sådan og dets samlede konkurransebegrensende virkninger...». Det avgjørende i disse situasjonene vil ifølge han være at partene må «...begrense [informasjonsutvekslingen] til det som er strengt nødvendig...».⁸⁶

Kommisjonen støtter dette nødvendighetskravet i *Exxon og Shell*, der de vektla at den opprinnelig valgte samarbeidsformen mellom partene «...gaar faktisk ud over det *strengt noedvendige* for, at joint venture-selskabet kan *etableres og drives fornuftigt teknisk og administrativt set*, og foerer til en samordning af parternes konkurrencemaessige adfaerd».⁸⁷

Tilsvarende har Konkurrentverket uttalt at «[d]et är viktigt att företag som samarbetar i samband med en upphandling *inte utbyter mer information än vad som är nödvändigt* för att kunna leverera i enlighet med anbudet. Det är till exempel inte tillåtet att utbyta information om andre priser och kostnader än de som ingår i anbudet».⁸⁸

På bakgrunn av denne gjennomgangen er det klart at informasjonsutveksling som er en del av konkurransefremmende samarbeid godtas dersom de ikke går lenger enn det som er nødvendig for å gjennomføre samarbeidet.

⁸³ Erling Hjelmeng "Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellforbudet i EØS-avtalen", *Tidsskrift for rettsvitenskap* (2003) s 648

⁸⁴ Se bl.a C199/92 *Hüls mot Kommisjonen* Sml 1999 s I-4287, premiss 162 og omfattende praksis fra Konkurrentsetilsynet herunder V2008-18, V2009-17 og V2011-11.

⁸⁵ Gian L. Albano, Giancarlo Spagnolo & Matteo Zanza "Regulating joint bidding in public procurement" *Journal of Competition Law and Economics* 5(2), 335-360, page 350

⁸⁶ Hjelmeng (2003)

⁸⁷ Sak av 18.mai 1994 nr IV/33 *Exxon/Shell*, premiss 63

⁸⁸ Konkurrentverket *Vägledning: Samarbete vid upphandling*

4.3 Andre omstendigheter med betydning for formålsvurderingen

4.3.1 Åpenhet

I Konkurranseloven fra 1993⁸⁹ ble det stilt krav om at aktørene i et prosjektsamarbeid opplyste om samarbeidet i anbudet som ble inngitt. På denne måten godtok lovgiver åpne samarbeid, mens de skjulte samarbeidene var forbudt.

Det lovfestede kravet til åpenhet om samarbeid ble ikke videreført i krrl § 10. Ordlyden i denne bestemmelsen gir ikke grunnlag for å sondre mellom åpne og skjulte samarbeid i vurderingen av samarbeidets formål.

Likevel har Follo tingrett uttalt at de ikke «uten videre kan presumere at et *åpent* anbudssamarbeid er konkurransebegrensende» og skiller på denne måten mellom åpne og skjulte samarbeid.⁹⁰

En slik sontring har også støtte i juridisk teori. Bellamy and Child skriver at i tilfeller der «the cooperation is *carried out openly* and made known to the party seeking the work, joint bids by competing companies *may not infringe competition law*».⁹¹

Videre har OECD i sine retningslinjer for bekjempelse av anbudssamarbeid uttalt at «[s]amordning af tilbudsgivning opstår, når virksomheder, der ellers regnes som konkurrenter, i *hemmelighed* aftaler at hæve priserne eller sænke kvaliteten af varer eller tjenester over for de inkøbere, som ønsker å købe produkter eller tjenester gennem en udbudsproces».⁹²

Spørsmålet er om det er rettskildemessig grunnlag for å hevde at et åpent prosjektsamarbeid som hovedregel ikke har konkurransebegrensende formål.

Konkurransetilsynet har lagt vekt på at kjøperen kan bli «*forledet* til å tro at det har funnet sted en reell konkurranse mellom tilbyderne» der aktørene har samarbeidet om anbudet, og at dette gjør at tilbudet som vinner kan «fremstå som rimelig og konkurransedyktig i anbudskonkurransen»⁹³ selv om det er unaturlige høye priser.

Tilsvarende har Marknadsdomstolen vektlagt forledelseelementet i MD 2009:11 der den uttalte at «[d]et förhållandet att en anbudsgivare i ett visst fall inte har haft någon verklig avsikt att vinna en upphandling genom att lämna ett anbud, oavsett anledningen härtill, har inneburit att övriga aktörer

⁸⁹ Lov 11.juni 1993 nr 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet. Unntaket for prosjektsamarbeid ”gjelder bare dersom det i tilbudet opplyses om hva samarbeidet går ut på og hvem som samarbeider” jf § 3-5.

⁹⁰ Follo Tingrett, *Taxisaken*

⁹¹ Bellamy and Child, *European Union Law of Competition* Oxford, 2013) 7 utgave, side 331

⁹² OECD, side 2

⁹³ V2009-17 *Gran og Ekran* pkt 85

erhållit information om hur denne tänkt agera, dvs förfarandet har undanröjt den osäkerhet som annars hade funnits. Det har dessutom inneburit att köparen *förletts* tro att det förekommit verklig konkurrens mellan anbudsgiverna».

Faren for at kjøperen forledes vil særlig være tilstede dersom partene leverer inn flere anbud for å skape ett inntrykk av hard konkurranse. Det kan imidlertid også være elementer av forledelse ved hemmelig felles anbud fordi anbudsutlyser har en forventning om konkurransetrykket i markedet, og dette reduseres gjennom samarbeidet.

Dersom samarbeidet skjer åpent vil ikke kjøper bli forledet til å tro at de samarbeidene aktørene har konkurrert. Åpenhet gir samarbeidet notoritet, og minsker risikoen for at kjøperen vil velge et anbud fra samarbeidene aktører dersom de ikke har en konkurransedyktig pris.

Til tross for at skillet mellom åpne og skjulte samarbeid ikke har støtte i lovtekst, forarbeider eller rettspraksis viser gjennomgangen er det er gode grunner for å operere med et slikt skille.

En sontring mellom åpne og skjulte samarbeid harmonerer godt med de kontraktsrettslige reglene for avtaleforholdet mellom partene. Det ulovfestede lojalitetsprinsippet som delvis kommer til uttrykk i avtalelovens §§ 33 og 36⁹⁴ stiller krav om en aktsom og lojal opptreden mellom kjøper og selger, der partene har en plikt til å informere om de opplysningene som er relevante. Dersom aktørene er helt åpne om samarbeidet, og dermed også den eventuelle konkurransebegrensningen, er det vanskelig å hevde at formålet med selve samarbeidet er å begrense konkurransen.

I åpne samarbeid er konkurransebegrensning verken en nødvendig eller en uunngåelig effekt av samarbeidet, og risikoen for samfunnsøkonomiske skadevirkningen i form av høyere pris eller dårligere kvalitet er sterkt redusert sammenlignet med skjulte samarbeid.

På bakgrunn av dette er det ikke grunnlag for å kategorisere de åpne prosjektsamarbeidene som formålsovertredelser. Vurderingen av om et åpent samarbeid er forbudt må derfor avgjøres etter en konkret vurdering av prosjektsamarbeidets virkningen på anbudskonkurransen.

4.3.2 Samarbeid som genererer flere anbud

En formålsovertredelse?

Konkurransetilsynet har uttrykt at et samarbeid som genererer flere tilbud skal ansees som en formålsovertredelse.⁹⁵

Et samarbeid kan resultere i flere anbud i ulike situasjoner. I *Utkastet* nevner Konkurransetilsynet tre tilfeller der dette er aktuelt. Disse situasjonene er «For det første hvis ingen av partene kan

⁹⁴ Lov av 31. Mai 1918 nr 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtl)

⁹⁵ Utkastet, premiss 61

gjennomføre prosjektet alene (..), kan de ha interesse av å gi tilbud basert på gjensidige underleveranser til hverandre. Et annet alternativ er at bare én av partene er i stand til å gjennomføre prosjektet alene, mens den andre er avhengig av underleveranser fra den første. En tredje variant kan være situasjoner der begge foretakene kan gjennomføre prosjektet alene, og inngir to selvstendige bud, men vor også inngår prosjektsamarbeid i form av underleveranseavtaler, enten ensidig eller tosidig».⁹⁶

Spørsmålet er om det har betydning for disse situasjonene vurderes annerledes etter krrl § 10 dersom de resulterer i flere anbud enn dersom samarbeidet hadde generert ett felles bud.

Samarbeid mellom aktører som ikke kunne levert selvstendig anbud

Det klare utgangspunktet er at samarbeid mellom to aktører som ikke er i stand til å gi selvstendige anbud ikke er lovlig. Konkurransetilsynet er enige i dette utgangspunktet dersom samarbeidet genererer ett felles anbud.⁹⁷

Det er vanskelig å finne gode argumenter for at det skal være avgjørende om et slikt samarbeidet genererer et eller flere anbud. I høringssvarene til *Utkastet* er det flere aktører som påpeker dette. Eksempelvis skriver Wikborg Rein at «det er uklart (..) hvordan konkurransen skulle kunne skades av at det inngis flere tilbud fremfor ett. Utgangspunktet for vurderingen av lovligheten av et samarbeid er hva som ville vært situasjonen uten samarbeidet».⁹⁸

Konkurrensverket har uttalt at «når det är tillåtet att samarbeta med en konkurrent om att lämna ett gemensamt anbud är det äventillåtet att använda det konkurrerande företaget som underleverantör»⁹⁹ Dette tilsier at dersom samarbeidet mellom aktørene er lovlig er det opp til parten selv å avgjøre hvordan de ønsker å realisere samarbeidet.

Ordlyden i § 10 gir heller ikke holdepunkter for å sonde mellom tilfeller der samarbeidet genererer ett eller flere anbud, da lovens vilkår er at samarbeidet «hindre(r), innskrenke(r) eller vri(r)) konkurransen. Dersom konkurransen ikke begrenses gjennom felles anbud er det vanskelig å se hvordan innlevering av flere anbud skal minske konkurransen, med mindre ett av disse anbudene er et fiktivt tilbud for å kunne øke prisen på det andre anbudet.

⁹⁶ Utkastet, premiss 57

⁹⁷ Utkastet, premiss 56

⁹⁸ Lignende formuleringer i høringssvar fra Selmer, Artzen de Besche, RIF og Advokatforeningen. Disse er tilgjengelig på Konkurransetilsynets nettsider.

⁹⁹ Konkurrensverket, *Vägledning: Samarbete vid upphandling*

Konkurransetilsynet argumenterer likevel for at et samarbeid som genererer flere anbud innebærer stor risiko for å overtre § 10 «fordi to foretak som inngir separate tilbud basert på et underliggende samarbeid, framstår for anbudsinnbyder som reelle konkurrenter i anbudskonkurransen».¹⁰⁰

Denne argumentasjonen knytter seg ikke til det faktum at samarbeidet resulterer i flere anbud, men at kjøperen kan få inntrykk av hardere konkurranse enn det som har vært realiteten. Med andre ord er det en forutsetning at samarbeidet skjer skjult for at denne argumentasjonen skal treffe.

Et åpent samarbeid som resulterer i flere anbud vil som den klare hovedregel gi kjøperen flere alternativer og mulighet til å velge det budet der ansvarsfordelingen mellom aktørene gir den beste prisen. Dersom samarbeidet skjer åpent får kjøperen mulighet til å foreta en reell vurdering av anbudene, og konkurransebegrensningen vil verken være en nødvendig eller uunngåelig konsekvens. Åpne prosjektsamarbeid som resulterer i flere anbud vil normalt ikke ha konkurransebegrensende formål, og det må dermed foretas en nærmere analyse av samarbeidets virkning.

Dersom samarbeidet skjer skjult og generer flere anbud er det vanskelig å forklare dette på en annen måte enn at aktørene ønsker å forlede kjøperen og øke prisene. Slike samarbeid må ansees for å ha konkurransebegrensende formål.

Samarbeid der minst én av aktørene kunne levert selvstendig anbud

Som nevnt i avsnitt 2.4 har Konkurransetilsynet uttalt at et samarbeid der én eller flere av partene kan gjennomføre prosjektet alene normalt vil ha et konkurransebegrensende formål når samarbeidet skjer i form av flere anbud. Argumentasjonen er basert på at slike samarbeid fjerner usikkerheten om hvordan den samarbeidende aktøren vil opptre i anbudskonkurransen, og at slike prosjektsamarbeid ofte innebærer elementer av informasjonsutveksling.¹⁰¹

Det er vanskelig å se for seg situasjoner der samarbeid i form av flere anbud med én aktør som kunne levert et selvstendig anbud kommer kjøperen eller samfunnet til gode.

Slike samarbeid vil gi aktøren som kan levere selvstendige anbud gode muligheter for strategiske prising ved å øke prisene både på underleveransen og det selvstendige anbudet. Ut fra reaksjonene på *Utkastet* synes det å være bred enighet om at dette er riktig forståelse av loven.¹⁰²

Dersom samarbeidet er begrenset til en ren underleverandøraftale gjelder de begrensningene som er redegjort for i avsnitt 2.5. For alle samarbeid som er mer omfattende enn bør samarbeidet ansees for å ha et konkurransebegrensende formål med mindre avtalens innhold og økonomiske kontekst tilsier det motsatte.

¹⁰⁰ Utkastet, punkt 58

¹⁰¹ Utkast, premiss 51 og 59

¹⁰² Ingen av høringssvarene kommenterer situasjonen der samarbeidet genererer flere anbud og én av samarbeidspartene hadde vært i stand til å levere et selvstendig anbud.

Denne gjennomgangen viser at det kun er i de situasjonene minst én av aktørene kan levere selvstendig anbud at det får betydning om samarbeidet genererer flere anbud.

5 Prosjektsamarbeid med konkurransebegrensende virkning

5.1 Faktisk eller potensiell virkning på anbudskonkurransen

Prosjektsamarbeid uten konkurransebegrensende formål er bare forbudt dersom det konkrete samarbeidet har «til virkning» å begrense konkurranse i det relevante markedet.¹⁰³

Det følger av EU-domstolens avgjørelse *John Deere* at virkningsalternativet «ikke [er] begrenset til de faktiske virkninger, men der skal ved bedømmelsen også tages hensyn til aftalens *potentielle virkninger* for konkurransen inden for fællesmarkedet».¹⁰⁴

En potensiell virkning i en anbudskonkurranse kan for eksempel oppstå i en situasjon der tre aktører leverer anbud, og to av disse har samarbeidet om å øke sine priser. Den tredje aktøren vinner konkurransen med et bedre anbud. Ettersom aktøren som vinner konkurransen ikke har vært en del av samarbeidet, får ikke samarbeidet direkte utfall for prisen på varen eller ressursbruken. Samarbeidet har likevel en potensiell virkning fordi de to samarbeidene aktørene ville vunnet konkurransen dersom den tredje aktøren ikke hadde levert et eget anbud. Dersom dette hadde skjedd ville anbudsutlyser betalt mer for den samme varen, og ressursbruken ville blitt tilsvarende mindre effektiv.¹⁰⁵

For å kartlegge prosjektsamarbeidets faktiske og potensielle virkning må man sammenligne hvordan anbudskonkurransen utarter seg med samarbeidet, og hvordan anbudskonkurransen ville vært dersom samarbeidet ikke fant sted.¹⁰⁶

Ved denne vurderingen er det ikke tilstrekkelig med teoretiske muligheter, men det må sannsynliggjøres at konkurransen ville utartet seg annerledes uten samarbeidet.

Dersom samarbeidet fører til færre eller fiktive anbud er det sannsynlig at kjøperen aksepterer et anbud med høyere pris enn det som ville være tilfellet med velfungerende konkurranse¹⁰⁷. Slike samarbeid reduserer konkurransen og ressursbruken, og er dermed i strid med § 10 på grunn av virkningen i det relevante markedet.

¹⁰³ Kolstad mfl. side 274 med videre henvisning.

¹⁰⁴ C-7/95 *John Deere v Kommisjonen* Sml 1998, s I-3111, premiss 77.

¹⁰⁵ Eksempelet er inspirert av Konkurrensverket vedtak i Uppsala Asfaltanläggningear, Dnr 327/2010

¹⁰⁶ C- 42/84 *Remia mot kommisjonen*, Sml 1985 s 2545, premiss 18: «examine what would be the state of competition if those clauses did not exist»

¹⁰⁷ V2011-11 *Icopal*

5.2 Momenter i sammenligningen

5.2.1 Konkurransetrykk og strukturelle forhold

I *Taxisaken* vurderer Follo tingrett virkningen av det felles anbudet på følgende måte: «Dersom de to sentralene hadde konkurrert om pasienttransport for OUS i f. eks Ås, er det *sannsynlig* at de ville lagt konkurransepress på hverandre. Usikkerhet om hva den andre aktøren ville ha tilbudt av pris, ville med *stor sannsynlighet* ha medført at *begge hadde tilbudt en pris nærmere egen kostnad* for å vinne kontrakten, enn den prisen som ble tilbudt OUS gjennom samarbeidet». ¹⁰⁸

Uttalelsen må forstås som at samarbeidet gir et redusert konkurransepress som medfører en høyere pris på anbudet. Litt senere i dommen legger imidlertid tingretten vekt på at det var et konkurransetrykk i markedet slik at det ikke var «sannsynliggjort at samarbeidet gjennom SFD påvirket den prisen OUS ble tilbudt i merkbar grad». Her synes domstolen å mene at den reduserte konkurransen mellom partene ikke medførte noen virkninger for tredjemann på grunn av et høyt konkurransetrykk i det aktuelle markedet.

Til tross for at argumentasjonen verken er sammenhengende eller overbevisende, illustrerer dommen at et høyt konkurransetrykk kan disiplinere samarbeidende parter slik at et konkurransebegrensninger mellom partene ikke begrenser anbudskonkurransen som sådan. Det følger av horisontale retningslinjer at krll § 10 kun rammer samarbeid som «påvirker konkurransen *i markedet* i en slik grad at man kan forvente negative virkninger på markedet med hensyn til priser, produksjon, mindre nyskapning, mindre utvalg eller dårligere kvaliteten på varene og tjenestene.» ¹⁰⁹ Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at konkurransen mellom partene reduseres.

I en analyse av markedet for drift og vedlikehold av vei skriver Oslo Economics at «[p]otensiell konkurranse fra entreprenører i andre deler av landet er *egnet til å disiplinere* hvordan aktørene priser tilbudene sine. Det er derfor nokså begrenset hvor stort prispåslag en aktør som et regionalt «monopol» kan ta i en anbudskonkurranse før han må forvente å miste kontrakten til en konkurrent fra en annen del av landet.» ¹¹⁰

Det følger av de horisontale retningslinjene at konkurransetrykk er en relevant faktor ved vurderingen ettersom man skal legge vekt på «den økonomiske sammenhengen», samt «avtalens art og partenes samlede markedsrett». ¹¹¹ I markeder med mange potensielle konkurrenter eller lavere

¹⁰⁸ Follo tingrett *Taxisaken*

¹⁰⁹ ESAs horisontale retningslinjer premiss 19 og 20

¹¹⁰ Oslo Economics, s 33

¹¹¹ ESAs horisontale retningslinjer, premiss 19 og 20

etableringshindre vil normalt den potensielle konkurransen hindre at de samarbeidene partene begrenser konkurransen, da de vil risikere å tape anbudet ved overprising.¹¹²

Normalt vil konkurransen være bedre dersom omsetningen i det relevante markedet er fordelt på mange aktører, enn når den er konsentrert på få.¹¹³ I anbudskonkurranser får dette utslag ved at færre innleverte anbud normalt fører til en høyere pris.¹¹⁴ Dersom prosjektsamarbeidet «artificially lower the number of candidates and disguise an agreement on prices or market-sharing» vil det normalt ha konkurransebegrensende virkning¹¹⁵

Samtidig er det ikke alltid en fordel med flest mulig deltakere i en anbudskonkurranse. Lovgiver har uttalt at det kan være en fordel å velge begrensede anbudskonkurranser ved kompliserte arbeider «både fordi det er ressurskrevende for arrangøren å gå gjennom mange anbud, men også fordi de utgifter anbyderne har med å utarbeide anbud som ikke antas, til syvende og sist belastes bestiller. Samfunnsøkonomisk er dette lite gunstig».¹¹⁶ Tanken bak dette resonnementet må være at enhver aktør som deltar i anbudskonkurranser må tjene inn de kostnadene det er ved å delta i konkurransene den ikke vinner ved å overprise vinnerbudene noe.

5.2.2 Betydning av om samarbeidet skjer åpent

I Konkurransetilsynets veileder for prosjektsamarbeid fra 2008 skriver tilsynet at det ikke er en lovfestet plikt til åpenhet om samarbeid, men at «[f]orhåndsopplysning til anbudsinnyder må (...) regnes som god praksis også etter den nye konkurranseloven, da slik informasjon bidrar til å øke markedenes gjennomsiktighet og dermed vil ha *positiv innvirkning på vurderingen av konkurransebegrensningskriteriet* i konkurranseloven § 10 første ledd».¹¹⁷

I *Utkastet* har Konkurransetilsynet endret standpunkt og skriver at: «Samarbeid om inngivelse av anbud/tilbud, enten samarbeidet er *skjult eller åpent*, innebærer (..) en risiko for at oppdragsgiveren ikke vil oppnå de fordeler som en anbudskonkurranse skal bidra til, i det konkurransen mellom uavhengige aktører blir svekket, og oppdragsgiverne vil kunne akseptere tilbud som ikke er fremkommet som resultat av reell konkurranse»¹¹⁸

Spørsmålet er dermed om åpenhet ved samarbeidet har betydning ved vurdering av prosjektsamarbeidets virkning.

¹¹² Resonnementet er inspirert av uttalelsen om potensiell konkurranse og markedsrett i Ot.prp 6 (2003-2004) punkt 3.6.3

¹¹³ Ot.prp nr 6 (2003-2004) punkt 3.6.3

¹¹⁴ Office of Fair Trading: Markets with bidding process (2007) side 144.

¹¹⁵ Bellamy and Child, s 332

¹¹⁶ NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser, avsnitt 11.4.2

¹¹⁷ Konkurransetilsynet (2008)

¹¹⁸ Utkastet, premiss 13.

I tråd med økonomisk teori er det vanskelig å begrunne en sontring mellom åpne og skjulte samarbeid ved vurderingen av samarbeidets virkning. Samarbeidet som fører til en mindre priskonkurranse i en anbudskonkurranse vil ha det samme resultatet uavhengig av om kjøper er klar over dette eller ei. Ettersom konkurranseloven først og fremst skal verne den effektive konkurransen i markedet er kjøperens kunnskap av liten betydning.

En sontring mellom åpne og skjulte samarbeid i virkningsvurderingen vil ikke være en god regel. Dersom man godtar de åpne samarbeidene kan aktørene bryte loven med viten og vilje dersom de opplyser om dette i forkant. Dette vil ikke være hensiktsmessig.

Samarbeidsforbudet i § 10 må først og fremst fokusere på den konkrete effekten samarbeidet har hatt på markedet, og derfor er det uten betydning om samarbeidet har skjedd åpent eller skjult ved vurderingen av om samarbeidet har hatt konkurransebegrensende virkning.

5.2.3 Velbegrunnede samarbeid

I en del anbudskonkurranser er det gode grunner for at aktører som kunne levert et selvstendig anbud ønsker å levere et felles anbud med en mindre aktør. Aktørenes spesialkompetanse, utstyr eller knowhow kan gjøre at partene leverer et anbud som kvalitativt sett blir bedre dersom de samarbeider.

I arkitektbransjen finnes det flere eksempler på velbegrunnede samarbeid der anbudsutlyseren stiller krav til erfaring i anbudsgrunnlaget eller oppfordrer til samarbeid. I slike situasjoner vil prosjektsamarbeidet ha en positiv effekt på konkurransen ved at aktører som ellers er utestengt fra markedet får tilgang til den aktuelle anbudskonkurransen og mulighet til å opparbeide kompetanse til å delta selvstendig i fremtidige anbudskonkurranser.¹¹⁹

I likhet med øvrige samarbeidsformer må også de velbegrunnede samarbeidene vurderes etter den konkrete virkningen på konkurransen.

Dersom et samarbeid både har en konkurransebegrensende virkning og positive effekter må det foretas en vurdering av om fordelene er tilstrekkelig for å oppfylle vilkårene i § 10 tredje ledd.

¹¹⁹ Arkitektforeningen Høring – utkast til veiledninger om prosjektsamarbeid (2012)

6 Merkbarehetskravet

Konkret helhetsvurdering

Et prosjektsamarbeid med konkurransebegrensende formål eller virkning¹²⁰, er bare forbudt dersom samarbeidet har en merkbar påvirkning på anbudskonkurransen. Merkbarehetskriteriet følger ikke direkte av ordlyden, men er innfortolket i EU/EØS-rettslig praksis.¹²¹ Det følger av forarbeidene at merkbarehetskravet også gjelder ved anvendelse av krrl § 10.¹²²

Vurderingen av om konkurransen er påvirket merkbart er en konkret helhetsvurdering der «... den aktuelle konkurransebegrensningens karakter, aktørenes størrelse og markedsforholdene vil være sentrale momenter».¹²³

Konkurransebegrensningens karakter

Ved den konkrete helhetsvurderingen har det betydning om samarbeidet er en formålsovertredelse eller et samarbeid med konkurransebegrensende virkning.

Det følger av juridisk teori at «the more serious the restraint, however, the more insignificant the position held by the undertakings must be».¹²⁴ Ettersom formålsovertredelsene generelt sett er grovere enn virkningsovertredelsene medfører dette at «... tolkningen av merkbarehetskravet [vil] være noe mer restriktiv»¹²⁵ ved prosjektsamarbeid med konkurransebegrensende formål, enn prosjektsamarbeid med konkurransebegrensende virkning. For prosjektsamarbeid med konkurransebegrensende formål skal det derfor lite til for at merkbarehetsvilkåret er oppfylt.¹²⁶

Aktørenes størrelse

Ved vurderingen av aktørenes størrelse tar man utgangspunkt i markedsandelen til de faktiske og potensielle konkurrentene i anbudskonkurransen¹²⁷.

¹²⁰ Kolstad m.fl, s 288

¹²¹ C-56/65 *Société Technique Sml* 1965-68 s 282. (ECR 1966 s 211) «[H]vis der ved en undersøkelse af bestemmelser ikke kan fastslås nogen begrænsning af konkurrencen der er tilstrækkelig skadelig, må der foretages en undersøgelse af aftalens virkninger; og for at aftalen skal kunne omfattes af forbudet må der foreligge omstændigheder, der i sin helhed har ført til, at konkurrencen faktisk er hindret eller *mærkbart* indskrænket eller fordrejet»

¹²² NOU 2012: 7, s. 22

¹²³ NOU 2012:7, s. 22

¹²⁴ Alison Jones & Brenda Sufrin *EC Competition Law* (2008) Tredje utgave, s. 183

¹²⁵ Kolstad mfl. s 291

¹²⁶ Tilsvarende uttalelser av Konkurransetilsynet i V2011-11 *Icopal* og V2008 -18 *Håkonrune*. I TOSLO-2009-139595 *Oslo Turbil* uttalte tingretten at «samarbeid som gjelder formålsbegrensninger (...) behandles strengere enn annen type samarbeid. Bakgrunnen for dette er at formålsbegrensninger som sådan antas å ha store negative virkninger på konkurransen.»

¹²⁷ Kolstad mfl. s 289

Det følger av bagatellkunngjøringen¹²⁸ at prosjektsamarbeid med konkurransebegrensende virkning¹²⁹ kun har en merkbar påvirkning dersom de samarbeidene aktørene har mer enn 10 % markedsandel.¹³⁰ For formålsovertredelser finnes det ikke en tilsvarende markedsandel som definerer hvilke samarbeid som ikke påvirker konkurransen merkbar, slik at også samarbeid mellom mindre aktører kan ansees for å ha påvirket konkurransen merkbar.

Konkurransetilsynets praksis er egnet til å illustrere betydningen av aktørenes størrelse. Tilsynet har i flere saker vektlagt at et samarbeid i anbudskonkurranser særlig vil være egnet til å begrense konkurransen merkbar dersom det «...dreier seg om en anbudsprosess med få deltakere».¹³¹ og i vedtaket NCC/Veidekke vektla tilsynet at «...Veidekke og NCC er de største aktørene i Midt-Norge»

Markedsforholdene

Videre kan særlige kjennetegn i det aktuelle markedet ha betydning for merkbarhetsvurderingen¹³².

I en anbudskonkurranse kan det for eksempel være relevant hvilket konkurransepress aktørene opplever at det er om det aktuelle prosjektet. I en analyse av markedet for drift og vedlikehold av vei skriver Oslo Economics at «[d]et avgjørende er om de som leverer inn tilbud tror at det også kommer inn andre tilbud. Jo flere konkurrenter som er i det relevante markedet, jo sterkere er den potensielle konkurransen. Selv om det i ettertid viser seg at det i snitt bare har vært tre aktører med i disse konkurransene, og til og med så få som to og én tilbyder i enkelte anbudsrunder, kan man på ingen måte konkludere at konkurransen ikke fungerer.»¹³³ (...) Det avgjørende er om de som leverer inn tilbud tror at det også kommer inn andre tilbud.»¹³⁴

¹²⁸ Kunngjøring fra EFTAs overvåkingsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke merkbar begrenser konkurransen i henhold til EØS-avtalens artikkel 53 nr 1. (de minimis). Publisert i EØS-tillegget til Den Europeiske Unions Tidende nr 15 av 20.3.2003 s 11. (Heretter: Bagatallkunngjøringen).

¹²⁹ Bagatellkunngjøringen, avsnitt 11

¹³⁰ Denne grensen gjelder for horisontale samarbeid

¹³¹ V2011-11 *Icopal*. Lignende formuleringer i V2013-3 *NCC* samt V2008-18 *Håkonrune*

¹³² Kolstad mfl. s 289

¹³³ Oslo Economics, s 46

¹³⁴ Oslo Economics, s 53

7 Unntaksbestemmelsen i § 10 tredje ledd

Effektivitetsgevinster ved prosjektsamarbeid

Et prosjektsamarbeid med konkurransebegrensende formål eller virkning er tillatt dersom det oppfyller de fire kumulative vilkårene i § 10 tredje ledd. Bestemmelsen bygger på en avveining mellom de samfunnsøkonomiske effektivitetsgevinstene og de konkurransebegrensende virkningene ved samarbeidet.

Kommisjonen skriver i sine retningslinjer at «Aftaler, der begrænser konkurrencen, kan samtidig have konkurrencefremmende virkninger i form af effektivitetsgevinster. Effektivitetsgevinster kan skabe en merværdi ved at sænke produktionsomkostningerne, forbedre produktets kvalitet eller skabe et nyt produkt. Når en aftales konkurrencefremmende virkninger opvejer dens konkurrenceskadelige virkninger, er den ud fra en samlet vurdering fremmende for konkurrencen og forenelig med målene for EU's konkurrenceregler»¹³⁵

Det første vilkåret for at samarbeidet skal tillates er at det bidrar til «å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske og økonomiske utvikling».

Et prosjektsamarbeid kan for eksempel bidra til bedre produksjonen dersom de samarbeidene aktørene har ulik grensekostnad. Ved å spesialisere produksjonen slik at «... hver deltaker produserer mer av det produkt de har lave enhetskostnader på å produsere, og mindre av produktet der deres kostnader ligger over gjennomsnittet» vil dette føre til mer effektiv ressursbruk.¹³⁶

Konkurrentene kan også ha andre absolutte eller relative fortrinn, som for eksempel høyere kvalitet eller bedre kompetanse. Eksempelvis kan en liten lokal aktør bidra med verdifull kunnskap i et samarbeid med en nasjonal aktør som ikke kjenner til de lokale markedsforholdene. Dersom en aktør deler sin spesialkunnskap med flere aktører kan dette føre til et større samfunnsøkonomisk overskudd.¹³⁷

Samarbeid der aktørene spesialiserer seg og utnytter egne fortrinn kan imidlertid få negative konsekvenser dersom aktørene alltid velger å samarbeide med aktører som utfyller deres egne svake sider. På sikt vil et en slik samarbeidsstrategi erstatte en naturlig streben etter å være best på alle

¹³⁵ Meddelelse fra Kommissionen Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08) Avsnitt 33

¹³⁶ Kolstad mfl. s. 298

¹³⁷ Kolstad mfl. s. 311

områder,¹³⁸ noe som tilsier at verdien av slike effektivitetsgevinster ikke bør overvurderes i den konkrete vurderingen.

Hvilke effektivitetsgevinster som kan påberopes vil avhenge av det konkrete produktmarkedet. Dette illustreres av taxiselskapenes anførsler *Taxisaken*, der de påberoper seg effektivitetsgevinster i form av risikoavlastning, bedre utnyttelse av bilene, miljøgevinster ved mindre tomkjøring, økt kapasitet på mottaksapparatet og felles investering i IKT-systemer.¹³⁹ Konkurransetilsynet utelukker ikke at samarbeidet i den konkrete saken hadde enkelte fordeler, men konkluderer med disse ikke kunne veie opp for ulempene av samarbeidet i den konkrete saken.

Formål eller virkning

Ved vurderingen av om prosjektsamarbeidet oppfyller vilkårene i unntaksbestemmelsen vil det ha betydning om samarbeidet ansees som en formålsovertredelse eller et samarbeid med konkurransebegrensende virkning.

Dersom prosjektsamarbeidet ansees å ha konkurransebegrensende formål vil det kreves «... bevis for *betydelige gevinster* for å oppveie de normalt store skadevirkningene på konkurransen slike avtaler har»¹⁴⁰. Konkurransetilsynet har uttalt at det «skal svært mye til» for at vilkårene i tredje ledd er oppfylt ved formålsovertredelser.¹⁴¹

Forbrukerhensyn

Et prosjektsamarbeid med effektivitetsgevinster er bare tillatt dersom aktørene «sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd». Vilket innebærer at to aktører ikke kan samarbeide på en måte som kun øker deres egen profitt, men at også kunden må nyte godt av effektivitetsgevinstene, eksempelvis i form av en lavere pris.

Proporsjonalitetsbegrensning

Et konkurransebegrensende samarbeid kan ikke legge flere begrensninger på de samarbeidene aktørene enn det som er «absolutt nødvendig» jf § 10 tredje ledd. Ordlyden er streng, og innebærer at samarbeidet ikke kan gå lenger enn det som må til for å realisere den aktuelle effektivitetsgevinsten.

¹³⁸ Kolstad mfl. s. 311

¹³⁹ Follo Tingrett *Taxisaken*

¹⁴⁰ Kolstad mfl. s. 271

¹⁴¹ V2011-12 *Taxi*, premiss 124.

Konkurransetilsynet har uttalt at dette innebærer at en må undersøke om «partene kunne oppnådd effektivitetsgevinstene gjennom et mindre konkurransebegrensende avtale, eller om partene kunne oppnådd effektivitetsgevinstene på egenhånd»¹⁴²

Samarbeidet kan heller ikke «utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder». Dette vilkåret omtales som en sikkerhetsventil som skal ivareta hensynet markedets effektive funksjon i et mer langsiktig perspektiv. I et prosjektsamarbeid er forutsetningen at samarbeidet er begrenset til en konkret anbudskonkurranse, og det vil dermed sjelden påvirke den virksomme konkurransen på lengre sikt.

¹⁴² V2011-12 *Taxi*, premiss 129

8 Avslutning

Gjennom denne oppgaven har jeg vist at verken konkurranse-loven § 10 eller de øvrige rettskildene gir klare svar for å kartlegge grensen mellom lovlig og ulovlig prosjektsamarbeidet.

I *Utkastet* bruker Konkurransetilsynet 12 sider på å fastslå at prosjektsamarbeid bare er lovlig dersom to eller flere aktører som ikke kunne levert selvstendige anbud samarbeider om ett felles anbud.

Dersom dokumentet skal fungere som en veileder utover de klare tilfellene som også er regulert i de horisontale retningslinjene bør Konkurransetilsynet være tydeligere på om de kan se for seg andre tilfeller der prosjektsamarbeidet styrker konkurransen.

Sett i sammenheng med de øvrige rettskildene og kildene med argumentasjonsverdi er Konkurransetilsynets lovtolkning i *Utkastet* strengere enn hva det er grunnlag for.

Begrepet prosjektsamarbeid omfatter en rekke ulike samarbeid. Dersom regelverket både skal hindre lovstridige samarbeid og fremme konkurransefremmende samarbeid er det nødvendig å vurdere den konkrete virkningen av et samarbeid. Det virker derfor unyansert å konkludere med at prosjektsamarbeid der en eller flere aktører kunne levert selvstendig anbud har konkurransebegrensende formål.

Retts spørsmålene som er behandlet i denne oppgaven vil mest sannsynlig få en klarere løsning etter at lagmannsretten behandler anken i *Taxisaken* og Konkurransetilsynet publiserer en ny veiledning om prosjektsamarbeid.

Med dagens kilder bør hovedregelen være at prosjektsamarbeid som verken skjer skjult eller har tydelige likhetstrekk med andre tradisjonelle formålsovertredelser vurderes etter virkningsalternativet.

De prosjektsamarbeidene som ikke kan forklares på noen annen måte enn at aktørene søker å forlede kjøperen for å ta en høyere pris, bør ansees som formålsovertredelser. Dette vil bl. a være tilfellet for skjulte samarbeid som resulterer i flere anbud, eller prosjektsamarbeid som består at mer informasjonsutveksling eller prissamarbeid enn det som er nødvendig for å realisere samarbeidet.

9 Litteraturliste

Bøker

- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry: *Rettskildelære*, 2. Utgave, M.H Andenæs (Oslo 2009)
- Bellamy and Child (2013) Bellamy, Christopher and Child, Graham D. Redigert av Rose, Vivien and Bailey, David. *European Union Law of Competition*, 7. utgave, Oxford University Press (Oxford 2013)
- Gundersen (2010) Gundersen, Fridjof Frank: *EU etter Lisboatraktaten*, 1. utgave, Gyldendal Norsk Forlag (Oslo 2010)
- Jones & Sufrin (2008) Jones, Alison & Sufrin, Brenda *EC Competition Law* , Tredje utgave, Oxford University Press (Oxford, 2008)
- Kolstad mfl. (2007) Kolstad, Olav, Ryssdal Anders, Graver Hans Petter og Hjelmeng, Erling, *Norsk konkurranserett*, Universitetsforlaget, (Oslo 2007)
- Moritz (2013) Moritz, Lorentz: *An introduction to EU competition law* Cambridge, University Press (Cambridge, 2013)

Artikler

- Albano m.fl Gian L.Albano, Giancarlo Spagnolo & Matteo Zanza “Regulating joint bidding in public procurement” *Journal of Competition Law and Economics* 5(2), 335-360
- Hjelmeng (2003) Hjelmeng, Erling: ”Informasjonsutveksling mellom konkurrenter og kartellforbudet i EØS-avtalen”, *Tidsskrift for rettsvitenskap* (2003) s 648
- Hjelmeng (2012) Hjelmeng, Erling: Informasjonsdeling ved anbudskonkurranse – dom i Høyesterett. Tilgjengelig på www.blogg.nhh.no
- King (2011) King, Saskia, 2011, «The Object Box: Law, Policy or Myth?», *European Competition Journal*, nr. 7 (2) s. 269-296.
- Larsen (2003) Larsen, Henrik: ”Inngivelse av felles anbud på enkeltstående prosjekter – en konkurranserettslig vurdering.” *Tidsskrift for forettningsjuss*, 2003 nr 3.

Odudu (2008)	Odudu, Okeoghene "Restrictions of competition by object - what's the Beef", Competition Law Journal (2008) page 11-17.
--------------	--

Rapporter og analyser

Oslo Economics,	Oslo Economics, <i>Analyse av markedet for drift og vedlikehold av veg</i> (2012) Rapportnummer 2012-5
Office of Fair Trading	Markets with bidding process (2007)

Øvrige kilder

Lover

Avtaleloven	Lov av 31. Mai 1918 nr 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtl)
EØS-avtalen	Lov av 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det eurpeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) m.v. (EØS-loven)
Konkurranseloven (1993)	Lov av 11.juni 1993 nr 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet (opphævet)
Konkurranseloven (2004)	Lov av 5. mars 2004 nr 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (krll)
Offentlige anskaffelser	Lov av 16. Juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser (offanskl)
TFEU	Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), vedtatt 13. desember 2007, trådte i kraft 1. desember 2009, 2010 OJ C83/47

Forskrifter

Forskrift nr. 402 av 07. april 2006 om offentlige anskaffelser (FOA)

Forarbeider

NOU 1997:21	Offentlige anskaffelser
NOU 2003:13	Konkurransesevne, lønnsdannelse og kronekurs)
Ot.prp nr 6 (2003-2004)	Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger
NOU 2012:7	Mer effektiv konkurranselov

Norsk rettspraksis

Follo Tingrett <i>Taxisaken</i>	Follo Tingrett, 8. februar 2013, 11-202508TVI-FOLL
Sør Trøndelag Tingrett <i>G&E</i>	Sør-Trøndelag Tingrett, 2.juni 2010, TVI-STOR 09-143089
Oslo Tingrett <i>Oslo Turbil</i>	Oslo Tingrett , 16. Mars 2010, TOSLO-2009-139595
Hålogaland Lagmannsrett	Hålogaland Lagmannsrett, 22. februar 2007, LH-2006-160351

KOFA

Se 2013-04-23. 191/2011. Avvisning av leverandør og bruk av underleverandør for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav.

EFTA-domstolen

Sak E-7/10 *Hegelstad mot Hydro Texaco*

Førsteinstansretten

Case T-199/08 *Ziegler v Commission* (2011) ECR II-03507

Joined cases T-208/08 and T-209/08 *Gosselin Group and Stichting Administratiekantoer Portielje v Commission* (2011) ECR II-03639

Case T-210/08 *Verhuizingen Coppens v Commission* (2011) ECR II-03713

Joined Cases T-204/08 and T-212/08 *Team Relocations and Others v Commission* (2011) ECR II-03569

EU-domstolen

C-56/65 *Société Technique Sml* 1965-68 s 282. (ECR 1966 s 211)

Forenede saker 40etc/70 *Suiker Uni* (1975) ECR 1663

C- 262/81 *Coditel II* (1982) ECR 3381. Premiss 15-16

C- 199/92 *Hüls mot Kommissjonen* Sml 1999 s I-4287

Forenede saker 7-374/94, T-375/94, T-384/94 and T-388/94 *European Night Services Ltd* (1998) ECR II - 03141, premiss 137

C-7/95 *John Deere v Kommissjonen* Sml 1998, s I-3111, premiss 77.

C-551/03 P *General Motors* (2006) ECR I-3173, premiss 78

C-209/07 *Competition Authority v Beef Industry*, Sml 2008 s I-08637

C-9/08 *T-Mobile*, Sml 2009 s I-04529

C-510/11 P *Kone and Others v Commision* (foreløpig ikke publisert)

Kommissjonen

Sak av 24.oktober 1988 nr IV/32.437/8 *Eurotunnel*

Sak av 18.mai 1994 nr IV/33 *Exxon/Shell*

Generaladvokaten

Case 209/07 *AG Opinion*

Konkurranserettslige retningslinjer

Bagatellkunngjøringen	Kunngjøring fra EFTAs overvåkingsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke merkbart begrenser konkurransen i henhold til EØS-avtalens artikkel 53 nr 1. (de minimis). Publisert i EØS-tillegget til Den Europeiske Unions Tidende nr 15 av 20.3.2003 s 11
Dansk veiledning (2012)	Konkurrence- og forbrugerstyrelsen <i>Vejledning i konsortiedannelse</i> (2012)
ESAs horisontale...	Kunngjøring fra EFTAs overvåkingsorgan - Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens artikkel 53 på avtaler om horisontalt samarbeid, 2002/EØS/55/01

Konkurransetilsynet (2008)	Konkurransetilsynet <i>Veiledning om anbuds- og prosjektsamarbeid</i> (2008)
Kommisjonens horisontale..	Kommisjonens retningslinjer for horisontalt samarbeid, EUT 2011 C /11
Kommisjonen (3)	Meddelelse fra Kommissionen Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (2004/C 101/08)
OECD	OECD: <i>Retningslinjer for bekæmpelse af samordning af tilbudsgivning i offentlige indkøb.</i> (2009)
Svensk veiledning	Konkurrenserket <i>Vägledning: Samarbete vid upphandling</i> (www.kkv.se)
Utkastet	Konkurransetilsynet: <i>Utkast til veiledning om prosjektsamarbeid</i> (2012)

Konkurransetilsynets praksis

V2007-9 <i>Tide</i>	Vedtak V2007-9 Tide Reiser AS – Veolia Transport Sør AS – vedtak om pålegg om opphør etter konkurranseloven § 12, jf § 10 - konkurranseskadelig samarbeid
V2008-1 <i>Legekantor</i>	Vedtak 2008-1 Bergen Sentrum øre nese hals Øvyind Jensen – Tor W Søderstrøm spesialist øre-nese-halssykdommer – vedtak om pålegg om opphør etter konkurranseloven § 12, jf § 10 – konkurranseskadelig samarbeid
V2008-18 <i>Håkonrune</i>	Vedtak V2008-18 – Håkonrune Rør AS og Oslo VVS Service AS – konkurranseloven § 29 jf. § 10 – vedtak om overtredelsegebyr.
V2009-17 <i>Gran og Ekran</i>	Vedtak V2009-17 – Gran & Ekran AS og Grunnarbeid AS – konkurranseloven § 29 jf. § 10 – vedtak om overtredelsegebyr
V2011-11 <i>Icopal</i>	Vedtak V2011-11 – IcopalTak AS – Fløysand Tak AS – konkurranseloven § 29 jf. § 10 – vedtak om illeggelse av overtredelsegebyr
V2011-12 <i>Taxi</i>	Vedtak V2011-12 Ski Taxi BA, Follo Taxisentral BA og Ski Follo Taxidrift AS – konkurranseloven §§ 29 og 12, jf § 10 – vedtak om illeggelse av overtredelsegebyr og pålegg om opphør.

V2013-3 NCC	VedtakV2013-3- Veidekke ASA / Veidekke Industri AS og NCC AB/ NCC Roads AS – illeggelse av overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29,jf. § 10og EØS-avtalen art. 53
EBA 2004	Konkurransetilsynets veiledning til EBA, 2004 /1243

Høringssvar til Konkurransetilsynets Utkast til veiledning om prosjektsamarbeid

Høringssvarene fra Arkitektbedriftene, Arntzen de Besche, EBA, RIF, Selmer, Wikborg Rein og Advokatforeningen er brukt som inspirasjon. Disse er tilgjengelige på Konkurransetilsynets nettsider sammen med utkast til veiledning.

Foredrag

Gabrielsen og Hjelmeng	Gabrielsen, Tommy Staahl og Hjemleng, Erling <i>Prosjektsamarbeid</i> (21.10.2011) Presentasjon fra BECCLE-seminar.
------------------------	--

Praksis fra andre land

MD 2009:11 NCC	Markadsdomstolens dom, 2009-05-28
OFT Bid Rigging	Decision of the Office of Fair Trading No. Case CE/4327-04, Bid Rigging in the construction industry in England og i Competition Law guideline on Agreements and Conserted Practices (OFT401, Edition 12/04), premiss III med videre henvisninger til praksis fra Kommisjonen og Førsteinstansretten
Ansökan (2010)	Ansökan om stämning. 2010-11-24 Dnr 605/2010 Uppsala Asfaltanläggningear, Dnr 327/2010 .